

論説

意思表示の成立要件の検討

——電子取引を題材に——

2022年4月入学

宮川将毅

I. 序論

II. 本論

1 検討の題材とする事例

2 従来の判断枠組み

(1) 従来の判断枠組みの整理

(2) 従来の判断枠組みからの事案処理

3 新たな判断枠組みの候補

(1) 従来の判断枠組みからの脱却

(2) 新たな判断枠組みの候補

4 新たな判断枠組みの提示

(1) 各候補からの帰結

(2) 各候補の比較検討

III. 結論

I. 序論

本論文においては、電子取引を題材として、意思表示の要件について、特に成立要件

を中心に再検討を行う。意思表示の成否について、従来の判断枠組みは、表示行為が認められることを分析の出発点とし、表示行為について十分な表示価値が認められるか、表示者において内心的な要素が充足されているかといった観点から判断を行ってきた¹⁾。そして、このような理解からは、内心的な要素のうち、表示行為を支える行為意思が意思表示の成立に要求される一方、表示意思及び効果意思は成立段階では要求されず、これらの欠缺は成立した意思表示の効力を左右しうるとどまるとされる。すなわち、通説的理解からは表示行為及び行為意思は意思表示の成立要件として、表示意思及び効果意思は有効要件として整理されるのである²⁾。このような枠組みにおいては、表示行為の前提となる、行為の有無が意思表示の成否を分ける場合も多い。しかし、行為の有無の判断は容易ではない。とりわけ、電子取引においては問題が顕著である。

公知のように、近時においては電子取引がますます発展し、取引社会において大きな存

1) 我妻栄『新訂 民法総則 民法講義1』(岩波書店, 1965) 239-242頁参照。鳩山秀夫「表示を論ず」(鳩山秀夫『民法研究 第一巻(総則)』(岩波書店, 1925) 129頁以下) 143-147頁も同旨。

2) 成立要件と有効要件(効力要件)の区別については、大村敦『基本民法I〔第3版〕』(有斐閣, 2007) 20-22頁参照。大村によれば、両者の区別の実益は、「思考の経済」と、主張立証責任の分配にある。他方で、例えば石田穰『民法総則』(信山社, 2014) 494-497頁のように、成立要件と有効要件の区別可能性を否定する論者も見られる。この問題について立ち入った考察を加えた於保不二雄「有効要件についての一考察」(同『財産管理権論序説』339頁以下, 有信堂, 1954) 352頁以下は、意思表示(法律行為)の意思の欠缺について、有効要件と成立要件に分けて考察すべき理由は立証責任の観点のほかに見出されないとする。山城一真「法律要件論」(法学セミナー 795号 49頁以下, 日本評論社, 2021) 54頁以下は、「成立要件と有効要件とを区別する意義は、証明の場面で現れる」という立場が「一般に支持されている」とする。ただし、以上の議論の多くは意思表示ではなく、法律行為を念頭に置くことに留意を要する。両者の区別の意味は一次的には主張立証責任の分配の局面にあり、

在感を示すに至っている³⁾。このような電子取引には、対面での取引と比して以下のような特徴がある。第一に、意思表示の発信者と受領者に場所的・時間的な離隔が存在することが多く、到達した電子信号に対応する具体的な行為や行為者の特定が困難であることも多い。第二に、取引が自律的なAIや、発注管理システムで自動化されることも多く、このような場合の具体的な行為の特定はなおさら困難である。第三に、複数の機器やシステムが介在し、様々な機器やシステムの影響で電子信号に多様な形で過誤が生じる可能性がある。第四に、以上のような特徴にもかかわらず、取引は定型化、大量化しており、画一的な処理が望まれる。以上を総じて言えば、電子取引においては人の身体的な行為の存在感が希薄化し、生じうる過誤にも様々なものがある一方で、安定的で予測可能な処理が望まれるのである。この現状を射程に入れつつ、意思表示の成否を分析する⁴⁾には、行為を出発点とするのではなく、発出され到達した電子信号を出発点とすることが有益である。そうした分析の結果、表示行為に対する従来の判断枠組みは再考を迫られるはずである。

以上のような問題意識に基づき、本論文は電子取引に関する仮想の事例を題材として意思表示の要件を検討する。具体的な手順として、まず鳩山秀夫と我妻栄の提示した通説的な判断枠組み⁵⁾⁶⁾における要件論を整理し、

これに依拠した事案処理を試みる。次に、通説的見解への疑問を提示し、通説的見解の問題点を説明する。そして、これに代わる新たな判断枠組みの候補を理論的観点から3つに限定した上で、最終的にこれらの判断枠組みの帰結を比較検討して優劣を決する。なお、紙幅の関係上、本論文においては主たる検討対象を民法上の意思表示の成否に限定し、他の問題については必要な限度で言及するにとどめる。

II. 本論

1 検討の題材とする事例

本論文においては、以下の仮想事例を題材として、検討を行う。

事例

Y名義のアカウントから、XのもとへXのサイトを介して商品aを注文する旨の電子信号が送信され、Xはこれに応じて商品aを発送した。しかし、この電子信号は…

- ① Yが商品bの購入ボタンをクリックして購入しようとしたところ、マウスの不具合によりその隣の商品aの購入

副次的に体系的な把握それ自体（これを「思考の経済」と呼ぶことも可能であろう）にあると考えるべきであろう。

3) 経済産業省商務情報政策局情報経済課「令和二年度産業経済研究委託事業（電子取引に関する市場調査）報告書」（https://www.meti.go.jp/policy/it_policy/statistics/outlook/210730_new_hokokusho.pdf 2022年12月15日最終閲覧、2021年7月）6-9頁によれば、2020年時点で商取引全体における電子取引の比率は、B to Cで8.08%、B to Bで33.5%に達しており、更なる増加が見込まれるだろう。

4) 本文中で述べたような電子取引の問題状況に対処するためには、意思表示の成立要件の一般原則に従って対処するアプローチと、電子取引にのみ妥当する特別の規律を設けるアプローチが想定できる。本論文は差し当たり前者のアプローチを前提とするものであるが、後者のアプローチを採るとしても特別の規律の前提となる一般原則を把握することは不可欠であると考えられる。

5) 我妻・前掲注1)、鳩山・前掲注1)。

6) 本論文では両者の見解を通説的見解として扱い、主たる考察の対象とする。意思表示の有効要件論においては、我妻栄の意思表示理論は学説の批判の対象となってきた。例えば、錯誤論について山本敬三『民法講義I 総則〔第3版〕』（有斐閣、2011）184頁以下などを参照。しかしながら、意思表示の基本的構造の分析や、成立要件論に関しては、後述する表示意思必要説の批判にもかかわらず、我妻栄の意思表示理論は依然として通説的地位を占めていると評価することが許されるだろう。川島武宜・平井宜雄編『新版注釈民法(3) 総則(3) 法律行為(I)-90条～98条』（復刻版、有斐閣、2003）28-31頁、38頁以下は、我妻栄による法律行為の構造の説明が「法律行為論の現在の姿をほぼ決定した」、「我妻・民法総則（昭8）の出現以後、意思表示の要素として表示意思は必要でない」と評されるのが通説となるに至り…「現在の通説もほとんどこれに同調している」と評する。

ボタンがクリックされて発せられた。

- ② Yが商品aのページを開き、マウスを保持して購入を検討していたところ、マウスの不具合により商品aの購入ボタンがクリックされて発せられた。
- ③ Yが商品aのページを開いたまま離席中、マウスの不具合により商品aの購入ボタンがクリックされて発せられた。
- ④ Yの外出中、Yの子である8歳のZ1の操作により商品aの購入ボタンがクリックされて発せられた。
- ⑤ Yの不在中にY宅に侵入したZ2がアカウントの情報を盗み出し、Z2のPCからYのアカウントを用いて発信された。

上記①から⑤のうち、いずれの場合に売買契約の成立が認められるか。

①の電子信号はYのクリックする動作に起因する。②③の電子信号はYの保有する機器の不具合に起因するが、③ではYは電子信号の発信時には直接関与していない。④⑤の電子信号は第三者の操作に起因する。

2 従来の判断枠組み

(1) 従来の判断枠組みの整理

まず、事例の処理を考えるに先立って、通説的見解の判断枠組み及び要件論を概観する。伝統的な意思表示の成立プロセスに関する心理学的な分析は、意思表示は動機に導か

れ、効果意思、表示意思、表示行為の三段階を経て成立すると分析し、このような成立過程に即して考察を行ってきた⁷⁾。これに対し鳩山・我妻はこのような判断枠組みを批判してこれに代わる判断枠組みを提示した。意思表示の成立にはまず表示行為、すなわち他人をして自分の意思表示を推察させるだけの行為が要求され、これが考察の出発点になる。このような表示行為が認められるとして、次に問題となるのは、表示行為に対応する内心的な要素として何が要求されるかである。通説的見解によれば、効果意思、すなわち表示行為から推断される一定の効果の発生を欲する意欲が欠ける時は、錯誤その他の規定により意思表示から生ずべき効力が否定される。錯誤は一応成立した意思表示の効力を否定する場面、すなわち有効要件の問題であるから、ここでは効果意思は意思表示の成立要件とはされていない。また、表示意思、すなわち「自分は表示行為をする」という意識の不存在は意思表示の効力に影響を与えないとされる⁸⁾が、表示意思がない場合には効果意思も存在しないことから、やはり錯誤の規定が適用され、有効要件の問題となる⁹⁾。もっとも、表示意思については、意思表示の成立にこれを必要とする有力な異論があり¹⁰⁾、現在においては、意思表示の構造を巡る学説上の議論の主要な焦点はこの点である。以上敷衍するに、通説的見解においては表示行為が認められれば一応意思表示は成立し、効果意思の不存在と表示意思の不存在(表示意思必要説も多くは表示意思の不存在を表意者が提出すべき抗弁として扱う¹¹⁾)はその効力否定原因となりうる¹²⁾にとどま

7) 例えば、四宮和夫＝能見善久『民法総則 第9版』(弘文堂、2018) 223頁。

8) 以上の分析につき、我妻・前掲注1)239-242頁。四宮＝能見・前掲注7)223-225頁、鳩山・前掲注1)129-147頁も同旨。

9) 電子消費者契約に関する民法の特例に関する法律3条1号は、「消費者がその使用する電子計算機を用いて送信した時に当該事業者との間で電子消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示を行う意思がなかったとき。」について95条1項1号に該当することを前提とした規律を置いており、同法は表示意思不存在の場合にも錯誤の規律が適用可能であることを前提としている。この点について石田・前掲注2)470-471頁、488頁も参照。

10) 近時における表示意思必要説として佐久間毅「意思表示の存在と表示意識」(岡山大学法学会雑誌第46巻3・4号(1997年3月)263頁以下)、磯村保「ドイツにおける法律行為解釈論について(4・完)」(神戸法學雑誌30巻4号(1981年3月)705頁以下)など。

11) 佐久間毅『民法の基礎1 総則[第5版]』(有斐閣、2020)60頁。山本・前掲注6)126頁も参照。ただし、これらの見解は基本的に主張立証責任の公平な分配の観点から抗弁として扱うにすぎない。そうすると、表示意思の実体法上の位置付けは、あくまで有効要件ではなく成立要件として整理されると見る余地もある。

ると言える。

では、いかなる場合に表示行為が認められるのか。表示行為とは、意思表示たる価値（表示価値）のある積極消極全ての行為¹³⁾を言い、言語・文字によるものに限らず、挙動によるもの、沈黙によるものをも含むが、意識ある挙動であることを要し、睡眠中や抵抗不能下の挙動は「行為」とは言えないとされる¹⁴⁾。「行為」の積極的な定義は必ずしも明らかではない。しかし、ここで表示行為は意図的な行為のみならず、いわば過失によるものや不作為によるものをも包摂することが期待されており、しかも表示意思や効果意思のような内心的要素、表示価値のような行為の客観的意義は「行為」とは切り離して判断されることが予定されている。他方で「行為」の役割としては、内心的な思想や、反射運動を排することが期待されている。そうすると、「行為」の中核は、挙動が意思によって支配されていることであろう。以上を考えると、ここでは「意思に基づく身体の動静」との定義¹⁵⁾が想定されていると考えられる。このような「行為」について表示価値を判定し、十分な表示価値を有するものは表示行為と認められることとなる。以上のように定義され、位置付けられる「行為」を、以下では便宜上「行為」要件と呼称する。

以上に述べた学説の状況について若干の整理を行う。上記のように、行為を分析の出発

点とする従来の判断枠組みは、内心的な成立過程に着目した意思表示の成立プロセスに関する心理学的な分析を批判する形で形成された。その後、意思表示の要件論を巡る議論の中心は表示意思の要否へとシフトしており、現在においては表示行為を要件として要求することはもとより¹⁶⁾、表示行為を分析の出発点とすることにも積極的な異論はあまり見受けられない¹⁷⁾。

構成の都合上、ここで意思表示法を支配する指導的な基本原理について説明する。学説上、意思表示法を支配する基本原理としては、表示者の真意を重視する意思主義と表示に対する相手方の信頼保護を重視する表示主義が対立しているとされる¹⁸⁾。意思表示の指導原理として当事者の真意の尊重、私的自治に立脚する自己決定原理と、相手方の信頼保護に立脚する信頼原理の二つを挙げる論者もいる¹⁹⁾が、概ね意思主義は自己決定原理に、表示主義は信頼保護原理に対応するとみることができるだろう。また山本教授は、意思主義の背後には、自らの意思に基づいてのみ権利を得、義務を負う、という意思原理と、どのような内容の意思表示をするかは自らの意思で決める、という自己決定原理が存在するとし、他方、表示主義の背後には、相手方の信頼は保護しなければならない、という信頼原理と、取引活動の迅速かつ円滑な機能を確保する、という取引安全の要請に加え、責

12) 佐久間・前掲注 11)57-59 頁は、表示行為の外形と認められるものの存在を積極要件とし、行為意思の不存在が意思表示の成立を妨げるとする。

13) 我妻・前掲 1)239 頁は、表示価値を「意思表示を推断させる」「意思表示たる価値」とする。また、佐久間・前掲注 11)57 頁は、「意思表示としての外見の明確性」とする。これらの記載は意思表示の存在への信頼を問題とするように読める。しかし、意思表示の成立の中核が表示行為であり、表示行為か否かは表示価値で判定し、表示価値の有無は意思表示の存在を推認させるかで判断する、という構造はやや循環論法的であり、実質的な定義を示しているか疑問が残るように思われる。更なる検討を要するが、私見としては、信頼の対象は意思表示の法律効果なのであり、表示価値は法律効果についての信頼を導くか否かで判断すべきように思われる。

14) 我妻・前掲注 1)239-240 頁。

15) このような行為の定義は、刑法上自然的行為論と呼称される。大谷實『刑法講義総論 新版第 4 版』（成文堂、2012）86-87 頁参照。

16) 山本・前掲注 6)124 頁は表示行為が必要とされることに「争いはない」とする。

17) ただし、佐久間・前掲注 11)57-59 頁は、表示行為の外形と認められるものの存在を積極要件としている。この見解においても表示価値の判断が先行する以上、なお行為を分析の出発点とすることは否定できないものの、行為それ自体を分析の出発点としてとらえない帰結へと結びつく端緒がみられるように思われる。

18) 山本・前掲注 6)121 頁、佐久間・前掲注 11)54 頁以下など。

19) 藤田寿夫『表示責任と契約法理』（日本評論社、1994）287 頁は、近代契約法においては自己決定原理が中心に据えられ、信頼原理はこれを補完するとする。

任を課せられるのはそうされてもやむを得ない理由がある場合のみである、という帰責原理が存在すると整理している²⁰⁾。

(2) 従来の判断枠組みからの事案処理

以上の分析に従い、冒頭事例の処理を試みる。①については、クリックする行為が表示行為であり、意思表示の成立を認めることに問題は無い。クリックの対象としてBを意図していた点は錯誤によって解決されるべきであり、このような場面はまさに表示の錯誤(95条1項1号)の想定するところである。他方、素直に考えれば④や⑤についてはX自身に行為があると認めることは困難であり、意思表示の成立は否定されることとなろう。②については、表示価値の判断は微妙であるが、電子信号が発出されたまさにその時に発信源であるマウスを握っていた点に作為又は不作為の「行為」を認めること余地があるだろう。他方、③については離席していたXには電子信号の発出時において発出の有無を制御することができず、行為性を認めることは困難であると考えられる。したがって、通説の見解からは事例①においては表示行為、意思表示を肯定し、③、④、⑤については表示行為、意思表示を否定するが、②については事例によるということになるのではないかと思われる。

ただし、例えばAI機器による自動化された取引についてAIシステムの設置行為に効果帰属の根拠を見出す見解も存在し²¹⁾、このような形でいわば行為の遡及を認めるのであれば、③においても事情次第で離席までの先行する何らかの行為に表示行為を認める余地はあり得る²²⁾。しかしながら、このよう

な論法によれば④、⑤においてもなお表示行為を認め得るようにも思われる。結局、①のような典型的な錯誤の場合を除けば、個別事案での具体的処理は一義的ではないと言わざるを得ない。

3 新たな判断枠組みの候補

(1) 従来の判断枠組みからの脱却

以上に述べた意思表示の成否についての従来の判断枠組みや、これに依拠した事案処理には大別して2つの問題を提示できる。

第一に、従来の判断枠組みにおいて「行為」要件が果たす機能、要求される趣旨がいずれも明確ではない点である。身体の動静は、あらゆる身体の態様を包含しうる以上、要件としての実効性を欠く。そうすると、そのような身体の動静を支配する(あるいは支配し得る)行為意思こそが重要なのであろう。このような行為意思を要求してこそ、夢遊病者の挙動や絶対的強制下の挙動を表示行為から除外することが可能なのである。しかしながら、夢遊病者の行為については意思無能力の問題として処理すれば足る場面が多いと考えられ、「行為」がないと説明する必要があるのかは疑問である²³⁾。後者についても必ずしも行為意思の問題としてとらえる必要があるとは思われない。対面取引であれば通常表示価値が欠けるのであり、隔地者間の取引であれば「行為」の不存在を理由に直ちに意思表示不存在を導くことが妥当かは検討を要する。むしろ、強迫についての規律(民法96条1項)にゆだねるべき場面も少なくないであろう。

20) 山本・前掲注6)121-123頁。

21) 岡本祐樹「AIによる契約の締結」(法律時報94巻11号(2022年10月)15頁以下)19頁参照。内田貴「電子商取引と民法」(別冊NBL no.51『債権法改正の課題と方向』(1998年10月)269頁以下)306-310頁における第一、第二の解決策も同方向。

22) このような類型は、刑法学上も忘却犯(過失不作為犯)と呼ばれ、行為性をいかにして認めるかが議論の対象となっていた。例えば高橋則夫『刑法総論 第3版』(成文堂、2016)85頁は、授乳中の母親が入眠し睡眠中に乳児を圧死させたという例において、寝入る前の段階においては身体運動を意思により支配可能であったとして、かかる段階で行為性を肯定できるとする。

23) 刑法において、行為性が問題となった事件として夢の中殺人事件(大阪地判昭和37年7月24日下級裁判所刑事裁判例集4巻7・8号696頁)がある。同事件の事案は、襲われる夢を見て、反撃を加えるつもりで傍に寝ていた妻の首を絞め、死亡させたというものである。大阪地裁は行為性を否定して罪責を否定したのに対し、控訴審である大阪高判は行為性を認めつつ、責任能力を否定して罪責を否定した(以上につき上田健二「大阪地裁判判」平野龍一ほか編『刑法判例百選(第2版)』32頁、32頁(1984)参照)。

行為意思の存在が、表示者を意思表示に拘束することを正当化するという説明²⁴⁾は成立するか。意思表示への拘束の正当化根拠は、意思表示法の基本原理が扱う主題である。そして、行為意思が意思表示への拘束を正当化するかを考察するに際しては、できる限り基本原理を分節した上で、そのうちいずれが行為意思と関連し、いずれが関連しないかを検討することが有益である。したがって、ここでは前述した山本教授の分析を用いて、意思表示への拘束の正当化根拠を複数の原理に区分して考察したい。まず、信頼保護原理については、発出され到達した電子信号の内容が同一である以上、信頼保護の必要は行為意思の存否によって何ら異なることはない。また、取引安全についても、行為意思の有無による解決は前述のように必ずしも明確なものではないのであり、少なくとも取引安全の要請が直ちに行為意思を要求するとは考えられない。したがって、行為意思を要求しうる基本原理は、自己決定原理、意思原理、帰責原理のいずれかである。そして、自己決定原理の充足に関しては、行為意思があれば自己決定原理を充足すると考えることには問題がある。この点は、表示意思必要説の主張の強力な論拠²⁵⁾となっている。自己決定原理を重視するのであれば、表示意思まで要求する必要があるのであり、重視しないのであ

れば行為意思のみを要求する必要はないであろう²⁶⁾。このことを示す例として、例えば競売場で友人に挨拶をするために挙手をしたところ、競売場では挙手を競売の申込みのハンドサインと扱う慣習が存在した事例²⁷⁾を挙げることができる。この場合、挙手者は自らの意思に基づいて挙手をしたのであり、行為意思が存することに疑いはない。しかしながら、挙手者は競売場での慣習を知らなかったのであるから、挙手がどのように受け取られるかを知らず、したがって自己が意思表示をするという表示意思を欠くのである。この場合、挙手者は意思表示をするか否かを自ら決断したとは言えない。自己決定の観点からは意思表示を行うことを決断したことこそが重要なのであり、その前提として自己の行為が意思表示として了知されることを認識していなければならない²⁸⁾²⁹⁾。同様のことは意思原理についても言える。行為意思はあくまで行為の制御のみを内容とし、権利義務の得喪に向けられたものではない。なぜ行為意思のみが、表示意思や効果意思と異なり利益衡量抜きに意思表示の成否を終局的に左右する特権的な地位を有するのか、意思原理から説明することは容易ではないだろう。他方、自己決定原理や意思原理の貫徹を放棄しつつ、これに代わって当事者を意思表示に拘束することを正当化する論拠として帰責原理の充足

24) 我妻・前掲注1)240頁は、睡眠中や絶対的強制下の挙動を除外することを指して、「個人の行為によって私法関係を妥当に処理させようとする法律行為制度の目的からいって、至当なこと」とであるとす。また、佐久間・前掲注11)59頁は、「自らしたと認められない行動はその者に責任を負わせる根拠になりえない」とする。

25) 磯村・前掲注10)730頁以下参照。

26) 岡本・前掲注21)19頁など、AIを用いた取引において個別の意思表示の有効性を承認する見解は、現実の意思決定を必ずしも要求していないように思われ、行為意思の内実を「意思に基づく」ではなく「意思支配可能な」として理解している可能性がある(西原春夫『刑法総論』(成文堂、1977)75-86頁は、忘却犯について行為性を認めるべく、意思に基づくものでなくとも、意思支配可能であれば足りるとする。意思表示における行為についても意思支配可能性で足るという整理も不可能ではないだろう。忘却犯については注22参照)が、このように理解すると現実の決断が介入しない可能性すらあり、なおさら自己決定原理からは遠ざかる。

27) トリーアのワインとして知られる事例である。近江幸治『民法講義I 民法総則〔第6版補訂〕』(成文堂、2012)188頁など参照。このような事例は教室設例的であるが、わずかな挙動が複雑な過程を経て重大な社会的意味を持つ電子信号の発出に繋がる電子取引においては、改めて処理を考える意義があると思われる。

28) 山本・前掲注6)125頁は、自分が意思表示をしているという意識がなければそもそも自分で何かを決めたとは言えないとする。

29) 佐久間・前掲注10)317頁において紹介されるドイツにおける表示意思必要説は、錯誤の場合と対比して、表示意思の欠如は表示意味への拘束を一度考えることすらなく、締約事由が一度も守られていないために自己決定の自由を損なう程度が重大であり、少なくとも最小限の自己決定が認められる錯誤の場合とは区別される、と言う。両者は共に意思表示の内容について自己決定を欠いているが、表示意思が欠ける場合には意思表示の締約についての自己決定すらない。

を要求する場合、行為がなくとも、意思表示へ拘束されてもやむを得ない理由、すなわち帰責性が認められる場合は考えられ、行為があっても帰責性がない場合もまた考えられるはずである。したがって、帰責原理からの要求が行為意思である必然性は存在しない。このように考えると、意思表示への拘束の観点から行為意思のみを特に別異に取り扱うことには十分な論拠がないのではないか。結局のところ、従来の見解、すなわち意思表示の成立における内面的要素として行為意思のみを要求するという見解を、意思表示への拘束の正当化の観点から説明することは困難である。正当化の観点から行為意思を要求するのであれば、自己決定、自由意思に基づく行為ゆえに責任を負っても構わないと説明すべきであるが、そうであれば表示意思までを要求する必要があるだろう。

視点を変えて、行為意思及びこれに基づく「行為」は、それ自体が積極的な役割を有するというよりも、むしろ表示価値の判定対象³⁰⁾として、あるいは効果意思の推断の出発点³¹⁾として分析の出発点となる、いわば機能的な役割を果たすという説明も考えられる。しかしながら、電子取引を考慮すればこのような説明もまた疑問であると言わなければならない。隔地者間において行われ、相当程度に定型化された信号が発出される電子取引において、少なくとも相手方の目からは、表示価値の判断も、共に効果意思の推断も到達した信号を出発点として行うほかない。さらに言えば、電子取引を考慮に入れずとも、このような説明が従来から貫徹されているのかは明らかではない。一般に、使者を介した

取引においては行為の主体は本人であり、使者はその伝達を行っているだけであると説かれる³²⁾。そうであれば、表示価値の判定対象、効果意思の推断の出発点は使者への伝達行為であろうか。また、手紙を用いた意思表示においては手紙への記述行為と手紙の投函行為が判断対象、推断の出発点となるのだろうか。いずれの場合においても、このように考えることは不自然であり、実際にそのような考え方が貫徹されているわけでもないと思われる³³⁾。そもそも表示価値は信頼保護原理の問題なのであって、信頼保護の観点からは行為を判定対象とする必然性を欠くはずである。

結局のところ、通説の見解が「行為」要件を要求する趣旨は必ずしも明らかではない。夢遊病者や絶対的強制下の者による意思表示を不成立とするツールとして「行為」要件を用いる必要性、適切性には疑問がある。また、意思表示法の指導原理からも必ずしも一貫した説明が可能であるとは言えない。分析の出発点としての役割も必然的なものではなく、意思表示の原則形態として電子取引をはじめ隔地者間の取引をも一貫して説明するには、むしろ創出された外観を分析の出発点とすべきである。確かに、対面での意思表示を念頭において分析をするのであれば「行為」を要求し、これを出発点とすることは直感的に自然である。しかしながら、そのような要求や分析方法に理論的必然性は本来存在しないのではないかとと思われる。

第二に、通説の見解に基づく事案処理には、とりわけ電子取引を念頭としたときに以下に述べるような問題がある。まず、上述の

30) 我妻・前掲注 1)239 頁参照。佐久間・前掲注 11)57 頁も、人の態度について表示価値を問題とする。

31) 我妻・前掲注 1)240 頁、四宮＝能見・前掲注 7)225 頁参照。

32) 我妻・前掲注 1)328 頁。佐久間・前掲注 11)233 頁も同旨。

33) 例えば、四宮＝能見・前掲注 7)224 頁は、記述した手紙を家人が勝手に投函した事例において、「到達した手紙（表示行為）が完全である」とする。このような記述から読み取れるように、従来の学説の中には、人の行為そのものというよりも、行為によって作出された外観をも「表示行為」と呼称しているものがあるように思われる。他方、鳩山・前掲注 1)139-142 頁は、手紙の場合、文書の作成終了をもって表示行為が終了するが、口頭の場合、使者は表示機関であり、使者による発話がなければ表示行為は終了しないとする。このような見解は、人の行為それ自体を「表示行為」と呼称するものである。このように、推断の出発点であるところの「表示行為」が指すものについての理解も必ずしも共有されていないと思われるが、前者の把握をするのであれば推断の出発点を「表示行為」と呼ぶことはややミスリーディングではないかと思われる。なお、後者の説明については、とりわけ自動化された取引への適用にあたって、人格なき電子機器を表示機関と構成できるか、第三者のシステムが介在する場合第三者を表示機関と構成できるか、両者の類型を截然と区別可能か、など検討を要する点がある。

ように、一応「行為」を認めること自体には困難のない類型(①②)と素直に考えると認めがたい類型(③④⑤)が存在するところ、とりわけ②と③に属する類型を区別することは不可能に近い。のみならず、利益衡量上の問題として両者を区別することにどれほどの意味があるかは疑問である。同一の電子信号を受け取ったYの信頼保護の必要はもとより、Xの要保護性にも何らかの差異があるかは疑わしい。

さらに、自動化された取引においてどのように考えるかも問題である。効果意思の問題は措くとしても、自動化された取引において個別の電子信号の発信に対応する「行為」があると考えることは困難である。「遡及」して設置行為を表示行為の候補として扱う³⁴⁾としても、なお問題がある。設置行為自体が表示価値を有する表示行為なのであれば、相手方が設置行為を認識すれば設置されたシステムによって発出されたはずのすべての意思表示の到達が認められるのであろうか。このような論法は、高度の擬制を伴う不自然なもの³⁵⁾と言わざるを得ず、しかもどのような場合に行為の遡及を問題とするか、明確な判断基準は与えられていない。柔軟に行為の遡及を認めれば、夢遊病者や絶対的強制下の挙動においても事前の「行為」を問題とすることは不可能ではないであろう。あまりに融通無碍に行為を認めれば、もはや行為を要求しないことと変わりはない³⁶⁾。

また、①から④のいずれにおいても、のちに意思表示の存否が実際に争われた場合、XがYの注文行為それ自体を立証することは困難な場合が多いであろう³⁷⁾。実際上は到達した電子信号からこれに対応した発信行為の推認を試みるほかないと思われるが、このような推認の基礎となる経験則が常に成立するのは不明である。安全性の高いシステム

が設計されることで経験則が認められるとしても、②③④⑤のような場合を完全に排除するシステムの構築は困難であり、とりわけ③や④は専らYの側の問題であってXにはいかんともしがたい面がある。慎重にシステムを設計したXがこのようなリスクをなお免れないのであれば、安全性の高いシステムを構築するインセンティブを削ぎかねない。

最大の問題は、このように行為の有無が微妙な問題であり、しかも利益状況を大きく変化させないにもかかわらず、それが認められない場合には意思表示不成立として法律行為についての責任が一切否定され、認められる場合には錯誤(民法95条)の問題となってその規律の中で利益衡量を行う余地が生じることである。通説的見解によれば、微妙な事案において、明確な基準なく大きな法律効果の差異が生じるにもかかわらず、上記のようにそのような差異を正当化する強力な論拠は見出しがたいのである。

結局のところ、表示意思を不要としつつ「行為」を要求する従来の考え方は、理念的な一貫性を欠く上に、様々な擬制を要するものであり、仮にそのような擬制を施したとしても、電子取引が普及した取引環境下において妥当な結論を導くことは容易ではない。

(2) 新たな判断枠組みの候補

従来の判断枠組みには上記のような問題点があるとすれば、これに代わる判断枠組みとしてどのようなものが適切だろうか。

まず言えることは、電子取引に自然に妥当する判断枠組みを提供するには、表示価値は発出され到達した電子信号について判断する必要がある、という点である。私見によればそもそも表示価値は信頼保護の問題なのであるから、作出された外形について判断することに問題はないであろう。考えるべきなのは、このような表示価値ある信号を表示者

34) 岡本・前掲注21)17-22頁。

35) 内田・前掲注21)307-308頁も、自動契約における個別取引について責任の根拠を設置の点に求めることは「意思主義をフィクションと割り切らないかぎり」無理があるとする。

36) ただし、両当事者間に基本契約が存在する場合など、事前に個別取引の成立要件を定めておく余地はある。もっとも、この場合にも個別取引の有効性や法的性質について不明確な点は残る。

37) 佐久間・前掲注11)57頁は「表示行為の外形があると認められる」ことを意思表示成立の積極要件としており、このような見解によればこの点についての問題は緩和可能とも思われる。

(設題における X) による意思表示と評価して表示者を拘束可能なはいかなる場合であるか、といった問題である。この問題の解決には大別して二つの方向性が考えられる。

第一に、あくまで「行為」を要求する方向性である。このような方向性は自己決定原理(及び意思原理)を重視し、貫徹する考え³⁸⁾に基づくものであり、この場合「行為」は自己決定原理を充足し、これによって意思表示への拘束を正当化する理念的な機能を果たすものとして再定置されるべきである。しかしながら、上述のように行為意思のみで自己決定原理を充足すると考えるべきではない。あくまで自己決定原理を重視するのであれば、「行為」は行為意思のみならず、表示意思によっても支えられる必要がある。このように、意思表示の成立段階で意思表示への拘束の正当化判断を自己決定原理ないし意思原理によって行い、行為とこれを支える行為意思、表示意思を要求する方向性を A と呼称する³⁹⁾。

第二に、行為の要求を捨て去る方向性である。このような方向性は自己決定原理や意思原理を貫徹することを放棄し⁴⁰⁾、信頼保護原理や帰責原理を重視する考えに基づくものである。前述したように、信頼保護原理からの要求は行為の有無によって影響を一切受けない。そうである以上、もはや行為の要求は必然ではないのである。ドイツにおける表示意思不要説のうち通説的地位を占める見解は、意思表示法は信頼保護や取引の安全をも保護しており、自己決定思想のみを強調することは誤りであるとの理解を前提に、表示意思の存在は意思表示への拘束を認める要因として機能するが、表示意思が存在しない場合においてもなお拘束が認められる場合はあり得るとする⁴¹⁾。行為意思や行為についても、

同様に理解することが可能ではないだろうか。すなわち、行為意思や行為は意思表示への拘束が正当化される場合の典型例にすぎないのであり、行為意思や行為がなくとも拘束は正当化されうると考えるのである。また、このように行為意思や行為と拘束の正当化の完全な対応関係を認めないのであれば、行為があっても拘束の正当性が認められない場合も考えられるであろう。このように行為の要求、ひいては自己決定原理や意思原理の貫徹を捨て去る場合、信頼保護の必要性それ自体は認められるケースにおいても、最終的に意思表示への拘束が正当化されるか否かの判断を行う必要がある。しかし、この判断を行う段階としては、I 意思表示の成立段階ではなく、瑕疵ある意思表示の問題として扱うか、II 意思表示の成立段階で扱うか、の二つが理論上考えられる。したがって、両者に対応してさらに二つの場合分けが可能である。1つ目は、表示価値ある外観が存在する以上、常に意思表示の成立を一度認め、その上で瑕疵ある意思表示、具体的には錯誤の規律を適用、準用して処理するというものである。このように、意思表示の成立段階では信頼保護原理及び取引安全の要請のみを考慮し、他の原理による意思表示の正当化判断を行わない考え方を B I と呼称する⁴²⁾。二つ目は、表示価値ある外観に加え、表示者に意思表示へ拘束されてもやむを得ない理由、すなわち帰責性が認められる場合に意思表示の成立を認めるというものである。なお、B II においても、意思表示の成立は認められるものの、錯誤の規律の適用、準用によってその効力が否定される可能性は直ちに排除されるものではないであろう。このように、意思表示の成立段階においても帰責原理による意思表示への拘束の正当化判断を行う考え方を B II と呼

38) 磯村・前掲注 10)、佐久間・前掲注 10) など。

39) 佐久間・前掲注 10)314 頁以下における、ドイツにおける表示意識必要説に適合的である。

40) 森田修『契約規範の法学的構造』(商事法務, 2016) 6-8 頁は、意思自律、契約自由に特権的地位をアブリオリに認める「意思主義の復権」論を批判して、意思自律もまた他の諸原理との協働によって初めて認められる後国家的な概念構成にすぎないとする。

41) 佐久間・前掲注 10)305-311 頁参照。

42) 佐久間・前掲注 10)311 頁以下における、ドイツにおける表示意識不要説のうちケルマン及びプレーマーの見解に適合的である。

称する⁴³⁾44)。B I 及び B II は、帰責原理による拘束の正当化判断を有効要件において行うか、その一部を成立要件において行うか、といった点で立場を異にするにとどまり、両者の差異は比較的軽微である。

B I, B II は帰責原理に依拠するが、帰責原理の内実については更なる考察を要する。紙幅上及び能力上の制約も存在し、本格的な考察をここで行うことはできないが、若干の分析を挟みたい。帰責原理の具体的内容は、主として表見代理をはじめとする表見法理における真正権利者の帰責性を巡って論じられてきた問題である。考察の結果は論者によっても、表見法理の類型によっても異なる⁴⁵⁾が、この問題につき詳細な検討を加えた論者のうち、多田利隆教授は、真正権利者による外観を信頼した者の被る損害や不利益への関与を問題とする見解と、信頼の対象となる外観それ自体への関与を問題とする見解に二分され、さらに、関与の内容としては、与因を問題とする見解、過失を問題とする見解、危険の支配を問題とする見解に分岐するとする⁴⁶⁾。原理的にいずれが正当であるかを判断することは困難であるが、現行民法 95 条 3 項は、錯誤に陥って意思表示をしたことにつき重過失が認められる場合に取消しを制限しており、外観それ自体についての、過失に

よる関与を問題としているように思われる。B I, B II とも、錯誤の規律の適用、準用によって意思表示への拘束の正当化を判断する余地を認める以上、条文上の価値判断は無視し得ない⁴⁷⁾。成立要件と有効要件で帰責性の内容を区別する余地も考えられないではないが、ひとまず、意思表示の成立及び効力の判断において、帰責原理から要求される表意者の帰責性とは、外観それ自体への、過失による関与であると考えたい⁴⁸⁾。

B I 及び B II においては、表見法理、とりわけ表見代理との区別ないし関係を考える必要がある。表見代理においては、実定法上外観の作出と相手方の信頼に加え、代理権授与表示 (109 条)、基本代理権 (110 条)、かつて他人に代理権を与えたこと (112 条) の一つ又は複数が要求される。B I や B II は自己決定原理や意思原理による法律行為責任の限界づけを放棄するため、表見代理責任をはじめとする表見法理との限界づけが曖昧になる。意思表示が外観の存在や相手方の信頼のみで成立するとすれば、この二つに加え法の規定する態様での関与が要求される表見代理との間の適用関係がやや錯綜することとなる。表見代理の諸形態を包摂する形で意思表示の成立要件を設定すれば、民法典の想定との緊張関係が生じることは否めない。この問

43) 佐久間・前掲注 10)304 頁以下における、ドイツにおける表示意識不要説のうち通説的地位を占める見解に適合的である。

44) なお、行為を要求する従来の理解においても、意思表示の成立段階で帰責原理による意思表示への拘束の正当化判断を行うか否かは、意思表示が不成立となるか、成立の上効力を否定されるかを左右する問題である。例えば、表示意思を欠いて表示行為を行ったが、表示意思を欠いたことについて不可抗力が認められるような場合である。しかしながら、債権法改正前は錯誤の効果が取消しではなく無効であり不成立と無効の区分の実益が薄かったこともあってか、この点についての通説的見解の考えは不明瞭であると言わざるを得ない。滝沢昌彦『契約成立プロセスの研究』(有斐閣, 2003) 203 頁は、表示意思を不要とする日本の通説においても、表示を他人が知るのであることの認識可能性は当然の前提とされていたのではないかと指摘する。この指摘が正当であれば、通説はすでに帰責原理からの正当化判断を取り込んでいたと評価する余地があるはずである。

45) 本文で述べるものと異なる立場として、例えば中倉寛樹『表見法理の帰責構造』(日本評論社, 2014) 613-614 頁参照。同書によれば、表見法理における帰責性は他人の行為への認容によって基礎づけられる。

46) 多田利隆『信頼保護における帰責の理論』(信山社, 1994) 274-276 頁。なお、多田教授自身は、外観に対する危険支配を基礎とした、多元的な構成を志向する。

47) このような理解を指し、多田・前掲注 46)285 頁は、「重過失」が構成要件となっている、と表現する。

48) ただし、ここで言う「過失」の内実についてはさらに検討を要する。現段階の私見については本文に示すとおりであり、以下は指摘にとどめるが、多田・前掲注 46)264 頁以下が示すように、不法行為法の領域とは問題状況が異なるのであり、過失の性質を 709 条等と同様に考えることは当然にはできないだろう。例えば、不法行為法における過失責任は行為への責任と結び付けて理解されている(例えば加藤一郎編『注釈民法(19) 債権(10) 不法行為-709 条~724 条』(有斐閣, 2013) 19 頁以下参照)が、ここで言う過失について同様に考えるべきであるかは微妙である。

題はのちに若干の考察を加えるが、そもそも意思表示以外に起因する、表見法理や不法行為などの責任との線引きの曖昧さは、従来の表示意思不要説自体が内包している問題でもある⁴⁹⁾。

4 新たな判断枠組みの提示

(1) 各候補からの帰結

以下では、A、B I、B IIの各理解における冒頭の設題処理の手順を確認した上、三者を比較的検討することとする。

まず、Aからは問題処理の方向性は簡潔である。①から④のすべてにおいて一応表示価値を有するとみられる電子信号が存在するため、そのうちいずれが表示意思と行為意思に支えられた「行為」によって発出されたかを検討することとなる。結論として、表示意思が認められるのは①のみであり、申込みの意思表示、ひいては契約の成立は①においてのみ認められるということになるであろう。このような考え方からは、表見法理との区別もまた明確である。意思表示に基づく責任は自己決定原理、すなわち表示意思と行為意思に基づく「行為」によって意思表示以外に起因する責任から区分される。このような「行為」が認められる場合まずは意思表示に基づく責任が問題となり、「行為」が認められない場合には意思表示に基づく責任は認められず、表見法理や不法行為など意思表示以外に起因する責任が成立し得るにとどまる。

B Iからもまた問題処理の方向性は簡潔である。①から⑤のすべてにおいて一応表示価値を有するとみられる電子信号が存在する以上、そのすべてにおいて申込みの意思表示と契約の成立を一応認めることとなる。この場合、①から⑤のすべてにおいてYの側から

錯誤の規律が準用ないし適用され、自己が意思表示への拘束を免れると主張することとなる。具体的には、表示の錯誤（民法95条1項1号）の規律に従うことになるであろう⁵⁰⁾。最終的な帰結をAと分け得るのは、主張立証責任の問題に加え、Yの側において錯誤取消しの意思表示（120条1項）をする必要があること、Yの側に重過失が存する場合には原則として意思表示への拘束を免れることができない（95条3項）ことである。他方、B Iからは、表見法理と意思表示の関係の理解は容易ではない。とりわけ詐称本人や詐称使用者の事例においては本人の意思表示の外観が認められる場合が多いと考えられ、この場合には本人による意思表示の成立が一応認められるはずである。これに対し、無権代理人の事例では本人自身の意思表示とみられる外観はない⁵¹⁾のであるから、本人による意思表示の成立は認められず、専ら表見代理責任を検討することとなり、法定の要件を満たす場合にのみ表見代理責任が認められることになるのであろうか。使者と代理の区別の微妙さを考えれば、このような処理がやや不自然であることは否めない。

B IIからの問題処理はやや複雑である。まずは帰責性の内実及びその判断基準を検討する必要があるが、前述の通り、ここでは外観作出への過失による関与が帰責性を構成すると考えるべきである。ただし、当然のことではあるが、意図された意思表示について、意思表示への拘束を免れさせるべき理由はない。したがって、ここでいう帰責性とは、何らかの意思表示の外観の作出⁵²⁾が表意者の意思（故意）に基づくことか、過失に基づくこと、すなわち外観の作出について注意義務違反があること⁵³⁾を指すと考えるべきであろう。特に過失は、わずかでもあればそれで

49) 磯村・前掲注10)730頁以下参照。

50) 石田・前掲注2)488頁参照。

51) 通説によれば代理行為は代理人の行為である。我妻・前掲注1)328頁参照。

52) 私見としては、成立段階で判断されるべきは当該意思表示についての帰責性ではなく、何らかの意思表示への帰責性であると考えたい。当該意思表示への拘束を最終的に正当化するためには、当該意思表示への帰責性が認められる必要がある。しかし、現行民法を前提とした場合には、この判断は成立要件の中で行うよりも、錯誤の規律を適用、準用して有効要件の中で行うことに親しむであろう。なお、表示意識の定義について同様の問題が存在することにつき、佐久間・前掲注10)265-266頁参照。

53) 多田・前掲注46)264頁参照。また、錯誤における重過失について山本・前掲注6)218頁、大判大正6年11

よいと考えることはできず、健全な取引通念に照らして規範的に判断する必要があるであろう⁵⁴⁾。このように考えると、①については意思表示の外観（信号）を作出する意思があり、意思表示が成立する。これに対し、②から⑤においては信号を作出する意思はないのであり、したがって過失が認められるかを検討することとなる。②及び③においては、自己の使用する機器の不調が事前に予期可能であったか、取引に使用するシステムにおいて信号を発信するに至るまでの距離がどの程度であったかなどを考慮して考えることになる。例えば注文確定場面で放置していたのであれば、サイトのトップページで放置していたよりも過失を認めやすいであろう。また、④、⑤においては、自己の機器、アカウントの管理状況が問われることとなる。事案次第であるが、④においてはZ1自身がXの子であり、監督上の不手際をも考慮可能であるし、④のような事態は必ずしも異常なものではない。そうだとすると、信号の発出について、過失を認める余地があるであろう。これに対し、⑤においてはこのような事態は通常生じるものではなく、注意義務違反を問うことは容易ではない。例えば侵入される極めて具体的な予見があり、アカウントの管理にわずかな注意を払えば防止できたというようなごく例外的な場合を除いて意思表示の成立は認められないと思われる。また、B IIによれば、詐称本人や詐称使用者の場合も帰責性がある場合には本人の意思表示が認められ、本人はこれに基づく責任を負う。意思表示に基づく責任と表見法理による責任の関係は、共に相手方の信頼と本人の帰責性を成立要件とするため、理念的には区別困難となり、適用場面の差異があるにすぎないということになるか⁵⁵⁾。

(2) 各候補の比較検討

以上の検討から、以下のようなことが言える。まず、Aは理念的に一貫しており、実際の事案処理も簡明である。もっとも、自動化された取引を擬制なく説明できるかはかなり疑問である。素直に考えれば自動化された取引において個別の信号に対応した表示意思に基づく行為を認めることは困難であり、自動化された取引の大部分は厳密に言えば契約が成立していないと考えることになりかねない。このような結論を回避しようとするれば、結局のところ何らかの擬制を行うほかなく、このことはAの利点である理念的な一貫性と事案処理の簡明さを損なうことになるであろう。また、現代の電子取引の多くは高度に定型化されており、②や③のような事案で契約を不成立とすることには問題がある。例えば電子上の証券取引において、表示意思、ひいては意思表示の不存在を理由に取引を覆滅し、不法行為責任による救済にゆだねることは現実的ではないであろう。大量の電子取引を行う事業者にとっても、個別に不法行為責任を追及することは事務処理上のコストを無視し得ず、泣き寝入りを強いられる可能性がある。このような場合には不法行為法による救済は実効性を欠くのである。以上のような電子取引の実情を考慮すると、Aが受容可能な判断枠組みであるとは思われない。

すでに述べたように、B IとB IIの差異は比較的軽微であり、その差異は帰責原理による拘束の正当化判断を有効要件において行うか、その一部を成立要件において行うかといった点に求められる。すでに述べたように、私見によれば成立要件と有効要件の区別の意義は、一次的には主張立証責任の分配にある⁵⁶⁾ことからすれば、両者の比較も主張立証責任の分配を基本的な基準にすべきであ

月8日民録23輯1758頁も参照。

54) 過失の有無を機械的に判断すれば、例えば印鑑の盗用、冒用のような事例において本人自身の意思表示を容易に認めることになりかねない。このような帰結は不当であると思われる。

55) ただし、表示価値は相手方の具体的事情は考慮せずに一般的に判断すべきではないか。行為を不要とする私見においては、このように考えないと、意思表示の成否があまりに相対的に決されることとなり、第三者の法的地位を不安定にするように思われる。この点についての態度にもよるが、意思表示に基づく責任と相手方の具体的信頼保護を目的とする表見法理に基づく責任との間には具体的な判断枠組みにおいても微妙な差異があるとみる余地がある。後掲注59)も参照。

56) 前掲注2)参照。

ろう。

B IはAと同じく事案処理が簡明という利点を有するが、主張立証責任の分配の観点からみれば問題がある。印章等の濫用・冒用事案や⑤に挙げたような事案のみならず、さらに進んで第三者から漏洩した情報をもとに第三者がなりすまして取引を行った事案、プラットフォームや通信事業者等のシステムの不具合に起因して人の手を介さずに信号が送信された事案において、意思表示に基づく責任を認める余地を残すことには問題があると言わざるを得ない。錯誤の規律にゆだねるとしても、主張立証責任は表意者が負担するのであり、自己が一切関与していない事項について立証するのは困難な場合も多いであろう。さらに、時効の問題もある。錯誤の効果が無効から取消しになったことにより、錯誤取消も時効にかかることとなった。結果として、抗弁権のみが時効消滅⁵⁷⁾し、成りすましによりなされた取引について本人が帰責されることも考えられないではない。このような結論は正当化し得ないであろう。付言すれば、意思表示の成立を一応とは言え認めることで、有効要件における帰責性判断（民法95条3項）においても表意者の帰責性を認める方向へのバイアスが加わる危険性も否定できないように思われる。

これに対し、B IIであればより適切な主張立証責任の分配が可能である。自動化された取引においても、個別の信号発出についてシステムを設置した本人の帰責性を認めることには何ら問題はない。また、証券会社や多くの電子取引を行う事業者は、本人認証などのシステムを入念に構築することでリスクを免れることができる。このような負担を課すことは不当ではなく、むしろ妥当な制度設計を促進するインセンティブを与える。印章等の盗用・冒用事案や⑤の事案、さらに進んで第三者から情報が漏洩した事案や、第三者のシステムの不具合により信号が送信された事案においては、通常本人は意思表示に基づく責

任を負わない。この場合に証明の負担をいづれがどのような形で負うかは検討すべき問題である。しかし、少なくとも「行為」に相当するものを主張すれば事実上帰責性を推認可能であると考えれば、相手方の負担が現状より重くなることはない。十分安全に構築されたシステムがあれば、信号が到達した事実のみでも帰責性は推認可能な場合も多いはずである。本人は反証の負担を負い、それで足りると考えれば、本人の負担は過重とまでは言えない。したがって、帰責性の立証責任は相手方に課するのが妥当であろう。また、B IIによれば少なくとも抗弁権の時効消滅の問題は免れる。

以上のように考えると、B IIが妥当な判断枠組みであると考えられる。このように考えると、従来の「行為」要件は帰責可能性に置換されることとなる。当然ながら、「行為」が認められる場合には帰責可能性が認められる場合が多いと考えられる。しかし、厳密には「行為」は帰責性を充足する必要要件でも十分条件でもない。換言すれば、「行為」の中核をなす行為意思が欠ける場合についても、表示意思、効果意思が欠ける場合と同様に、意思の不存在として捉え、有効要件の問題として扱う⁵⁸⁾のである。このように「行為」要件を帰責性へ置換することで、擬制の要素を排しつつ、電子取引の進歩にも目配りした妥当な結論を導くことができるであろう。

Ⅲ. 結論

意思表示の成立要件に関する従来の判断枠組みは、主として対面取引を念頭に置いたものであったのではないかと。対面取引を意思表示の原則形態として想定する限りにおいて、従来の判断枠組みは直感的であり、またそれなりに妥当な結論を提示できる。しかし、電子取引が普及した現在においては、対面取引を原則としつつ、隔地者間の取引を例外事案

57) もっとも、抗弁権の永久性を肯定すればこの問題は生じない。抗弁権の永久性を肯定する見解として石田・前掲2)1023-1026頁、川島武宜『民法総則』（有斐閣、1965年）578-580頁など。

58) 意思の不存在が意思表示の有効要件の代表的な類型として位置付けられることにつき、山本・前掲注6)147頁などを参照。

として処理することは直ちには正当化されない。従来の判断枠組みを素直に適用した場合、電子取引における妥当な結論を提示できるかは疑問であり、従来の判断枠組みに依拠したまま妥当な結論を導こうとすれば、多くの擬制を伴った不自然な適用を強いられることとなる。そして、このような問題を甘受しなければならない必然性はない。

電子取引の場合をも視野に入れ、より一般的な判断枠組みを提示するには、意思表示の基本的な指導原理に立ち返るべきである。具体的には、意思主義に対応する自己決定原理、意思原理、表示主義に対応する信頼保護原理、帰責原理である。そもそも表示価値は信頼保護原理の問題であり、「行為」要件は、意義があるとしても、その他いずれかの問題である。まず、表示価値と行為を連結させることそれ自体には必然性がない。信頼に値する意思表示の外観が存在することと、これを何らかのメカニズムで本人に帰責できるかは区分して考えられる。電子取引における意思表示は、実際には発出され到達した電子信号を考察の起点とせざるを得ない以上、このように外観を出発として分析するべきである。対面取引においてもこのような理解は別段不自然ではない。

そして、意思表示の成立段階において自己決定原理や意思原理の要求を貫徹すればAとなり、これを放棄すればBのうちいずれかとなる。そのうち、成立段階で帰責原理の充足を要すると考えればB IIとなり、成立段階では帰責原理の充足も不要であると考えればB Iとなる。三者はいずれも成立し得ない見解ではないだろうが、電子取引の環境において妥当な結論を提示できるのはB IIであると考えられる。

B IIに立脚すれば、まず表示価値を外観について判断し、外観作出について帰責可能性

があるか、具体的には外観の作出が故意または過失に基づくかを検討することとなる。これらが認められれば意思表示は成立し、あとは意思の不存在の問題として、錯誤の規律によって処理することになるであろう。B IIの見解からは「行為」とは帰責性が認められ得る場合の代表例にすぎず、帰責性を充足する必要条件でも十分条件でもないと考えることとなる。

このように、「行為」要件を帰責性へと置換することで、電子取引を含む隔地者間の取引と対面取引を統一的に説明しつつ、両者において一応妥当と考えられる結論を導く判断枠組みを、一貫した理念に基づいて提示できると考える。

以上のように考える場合には、表示価値の判断基準が決定的に重要なものとなる。定型取引ではあまり問題とならないだろうが、微妙な事例が存在することは否定しがたい。とりわけ、表示者の主観を判断対象に取り込むか、相手方の現実の信頼を問題とするか⁵⁹⁾は実質的には行為意思、表示意思の要否や表見代理との関係とも関わり、ひいては判断枠組みのよって立つ理念とも関係する⁶⁰⁾。また、帰責性の内実である「過失」の具体的な判断基準や、周辺的な問題への理解⁶¹⁾との整合性についても、なお検討を要する点は少なくない。これらの点については指摘にとどめ、今後の課題にしたい。

* 謝辞

本論文は2023年1月に提出したリサーチペーパーに補正を施したものである。執筆に際しては、指導教員の米村滋人教授にお忙しい中時間を取っていただき、丁寧な指導をいただいた。記して感謝する。

(みやがわ・まさき)

59) 佐久間・前掲注10)341頁以下はいずれも場合により肯定する。他方、鳩山・前掲注1)131頁は、意思表示の相手方が特定人の場合につき表示価値の基準を相手方とするか一般人とするかという問題について、一般に表示と知される行為があれば表示価値は認められ、相手方が了解できなくても事情は左右されないとする。この見解を推し進めれば、相手方の現実の信頼を考慮することに消極的な立場も導出可能ではないかと思われる。

60) 前掲注13)注55)も参照。

61) とりわけ、本論文の立場からは、いわゆる二段の推定や名義貸しに関する判例法理及び学説状況との整合性を慎重に検討する必要があると思われる。